



**LOS EFECTOS JURÍDICOS DE  
LAS DIRECTIVAS DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA  
ANTE EL VENCIMIENTO DEL  
PLAZO DE TRANSPOSICIÓN SIN  
NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL  
SECTOR PÚBLICO**

**TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA**

**Documento de estudio presentado y aprobado en reunión  
de Madrid, el 1 de marzo de 2016.**



# **LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN SIN NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

## **ÍNDICE**

### **I. CONTEXTO Y ALCANCE DEL DOCUMENTO**

### **II. OBJETO Y METODOLOGÍA**

### **III. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS EN PLAZO**

#### **III.1. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA VENCIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICION: REQUISITOS**

##### **A) Ámbito de aplicación**

##### **B) Incumplimiento del deber de transposición**

##### **C) Mandato preciso e incondicionado**

##### **D) Prohibición del efecto directo vertical descendente**

#### **III.2. CONCLUSIONES: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

### **IV. ADAPTACION DEL OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA .**

#### **ANEXO I. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE CONTRATACION PÚBLICA**

#### **ANEXO II. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE DE CONCESIONES.**



## **I.- CONTEXTO Y ALCANCE DEL DOCUMENTO\***

La Unión Europea aprobó en 2014 las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que entraron en vigor a los 20 días de su publicación, si bien la eficacia de la derogación de las Directivas a las que sustituyen se demora hasta el 18 de abril de 2016<sup>1</sup>. En concreto, se trata de las siguientes Directivas<sup>2</sup>:

- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante, "Directiva de contratos").
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, "Directiva de concesiones").
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, "Directiva de sectores especiales").

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de

---

*\* Se utiliza tipografía "verdana" dado que los expertos en temas de discapacidades aconsejan utilizar este tipo de letra, al considerarla como la más accesible a estos colectivos, considerándose así como sinónimo de accesibilidad.*

<sup>1</sup> Ver los artículos 91 y 93 de la Directiva de contratación pública, 107 y 109 de la Directiva de sectores especiales y 54 de la Directiva de concesiones.

<sup>2</sup> No se incluye en este trabajo la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.



Sectores especiales, el plazo de transposición de las mismas concluye el 18 de abril de 2016 para la mayor parte de su contenido.

La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, preparado por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de los contenidos que deban ser incorporados mediante normas autonómicas, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía. La actual situación política e institucional hace que sea previsible que, a pesar de que existen dos Anteproyectos de Ley (para contratos del sector público y para contratos en los “sectores especiales”), se supere el plazo de transposición sin que ésta se haya producido. Esta situación, al margen de la responsabilidad por incumplimiento y sus posibles consecuencias patrimoniales, implica que varios preceptos de las Directivas de contratación pública puedan tener efecto directo y desplazar la regulación nacional.

Los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación acordaron, en la IV reunión de coordinación que tuvo lugar en Madrid el 24 de junio de 2015, elaborar un estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas Directivas de contratación pública ante el vencimiento estéril del plazo de transposición.

En este contexto, este trabajo únicamente pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.



## **II.- OBJETO Y METODOLOGÍA**

El objeto del presente trabajo es analizar los efectos jurídicos de la falta de transposición en plazo de las Directivas de contratación pública, y en particular, su posible efecto directo, teniendo en cuenta el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) actualmente vigente. Para ello, se van a exponer los principios generales que sobre esta materia se derivan del Derecho de la Unión y, en especial, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), con especial referencia a ejemplos tomados de la Directiva de contratos. También se analizará el impacto de las nuevas Directivas y su falta de transposición en la regulación del recurso especial tras la modificación de la Directiva 89/665, de recursos, en tanto implica nuevas competencias de los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial de contratación por la modificación de su objeto.

Posteriormente, los Anexos I y II analizarán en detalle las directivas de contratos y concesiones, respectivamente, para determinar cuáles de sus preceptos tendrán efecto directo.

## **III.- LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS EN PLAZO**

Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la Unión Europea para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) establece que la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro



destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Se trata, pues, de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado el contenido de las mismas (o habiéndose incorporado incorrectamente), las consecuencias jurídicas son las siguientes:

a) La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas<sup>3</sup>.

b) En determinadas condiciones, el TJUE también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva<sup>4</sup>.

c) Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales; esta consecuencia es la más relevante a los efectos del presente documento, por lo que los siguientes apartados se centran en este aspecto.

---

<sup>3</sup> Ver los artículos 258 y siguientes del TFUE.

<sup>4</sup> Ver la STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.



### **III. 1. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA VENCIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICION: REQUISITOS**

La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>5</sup>, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inexecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general<sup>6</sup>, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública<sup>7</sup>. En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado. A continuación se analizan los elementos contenidos en esta definición.

#### **A) Ámbito de aplicación.**

---

<sup>5</sup> Establecida por primera vez en la STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64.

<sup>6</sup> Ver la STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, y la STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* asunto C-8/81.

<sup>7</sup> Ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97 y la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04.



El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos<sup>8</sup>, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales<sup>9</sup>. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores<sup>10</sup>, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

## **B) Incumplimiento del deber de transposición**

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece

---

<sup>8</sup> Ténganse en cuenta también los preceptos que establecen la delimitación negativa (exclusiones) del ámbito de la Directiva, como, por ejemplo, los artículos 7 a 14.

<sup>9</sup> Ver los artículos 74 y siguientes, y Anexo XIV de la Directiva 2014/24, de contratación pública (se trata de los contratos comúnmente denominados "servicios no prioritarios".) Ver asimismo el artículo 13 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.

<sup>10</sup> Ver el artículo 192 TRLCSP.





prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

a) Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta que el TRLCSP transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la positivización de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP<sup>11</sup>.

b) Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Es el caso, por ejemplo, de la normativa sobre contratos mixtos (STJUE de 18 de abril de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, de 21 de febrero de 2008, *Comisión/República italiana*, asunto C-412/04 y de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Lautraki*, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08) o sobre la delimitación del alcance de la obligación de la vinculación al objeto de los criterios de adjudicación (STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10).

<sup>12</sup> Este es el caso del régimen de modificación contractual tras la modificación operada en la LCSP por Disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.



Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*<sup>13</sup>.

### **C) Mandato claro, preciso e incondicionado.**

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario<sup>14</sup>, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica<sup>15</sup>; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los

---

<sup>13</sup> Igualmente, la STJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, asunto C-305/08 y la STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex (UK)*, asunto C-406/08 (en las dos últimas sentencias, especialmente el apartado 50).“(…)Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares.”

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 32.1, 46.3 y 77.1 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.

<sup>15</sup> Ver por ejemplo el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.



procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella<sup>16</sup>.

#### **D) Prohibición del efecto directo vertical descendente**

El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo “vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”<sup>17</sup>.

Consecuentemente, los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no transpuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, apartados 44 y 46.

<sup>17</sup> Ver la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes.

<sup>18</sup> Artículo 10.d) de la Directiva 2014/24, de contratación pública, referida a ciertos servicios jurídicos, por ejemplo.



### **III. 2. CONCLUSIONES: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

La existencia de efecto directo de los preceptos de las Directivas de contratación pública obliga a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado teniendo en cuenta la eficacia de las mismas conforme a las pautas anteriormente expuestas. Eficacia directa que será también parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos de contratación pública, ya que el conocido -e incuestionable- principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este.

Como ya se ha explicado, la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario. Esta consecuencia se impone también a los órganos de recursos contractuales, que aunque son de naturaleza administrativa tienen reconocida jurisprudencialmente, a los efectos de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, la condición de “órgano jurisdiccional”<sup>19</sup>. En este sentido resulta de interés la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que le impiden cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas. Obviamente, los órganos de contratación deberán aplicar estos criterios de interpretación para no iniciar procedimientos ni dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

---

<sup>19</sup> Ver el artículo 267 TFUE y la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, asunto C-203/14. En referencia a este mismo tema, son interesantes para el objeto de este trabajo, aunque referidas a los órganos del poder judicial, las consideraciones que contienen las sentencias del Tribunal Constitucional 58/2004 y 232/2015 sobre la cuestión prejudicial y las posibles repercusiones que su planteamiento o no planteamiento tiene en los derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución.



Junto a este valor interpretativo de las Directivas de la Unión Europea, no puede desconocerse la existencia de lo que la doctrina ha denominado como “*un derecho pretoriano*” que vertebra el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “del Derecho de la Unión Europea deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas exclusivamente nacionales.



#### **IV.- ADAPTACION DEL OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA.**

La reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial. Máxime, cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

En cuanto a los umbrales para el recurso, a salvo de especialidades autonómicas, deberán aplicarse el previsto en la propia Directiva de concesiones de 5 186 000 euros (5 225 000 euros tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión), que deberá calcularse con arreglo a lo dispuesto en sus apartados siguientes que gozan de efecto directo.

##### **A) Adaptación del objeto del recurso especial al contenido de las nuevas Directivas de contratación pública.**

La nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la procesales Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recursos, como bien se advierte en considerando 122 de la Directiva 2014/24 al declarar que *“Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva”*. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas



Directivas en los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones, que dice ahora<sup>20</sup>:

*«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.*

*La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.*

*A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.*

*En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».*

De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que **el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública**. Así se debe

---

<sup>20</sup> De acuerdo con el considerando 81 de la Directiva 2014/23, "Para garantizar una protección judicial adecuada de los candidatos y los licitadores en los procedimientos de adjudicación de concesiones, y para hacer efectiva la aplicación de la presente Directiva y de los principios del TFUE, la Directiva 89/665/CEE del Consejo (16), y la Directiva 92/13/CEE del Consejo (17) deben aplicarse también a las concesiones de servicios y de obras adjudicadas por poderes o por entidades adjudicadores".



interpretar el inciso del referido precepto cuando dice "...cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública...", en tanto obliga a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual (lo que se refiere, fundamentalmente, a las Directivas de contratación pública).

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo.

Por este motivo, al regular las nuevas Directivas de contratación pública los modificados contractuales, la subcontratación, y la resolución de los contratos, deben considerarse incluidas en el ámbito objetivo del recurso, en tanto solo se cuestione el cumplimiento de las exigencias que, con efecto directo, establece el Derecho de la Unión Europea.

Por otra parte, esta adaptación del objeto del recurso deriva de la jurisprudencia del TJUE, que ha venido considerando como susceptibles de recurso especial las decisiones adoptadas sin procedimiento formal o la decisión que establece si un contrato está o no sujeto a regulación armonizada<sup>21</sup>; o contra actos que, en principio, no está formalmente sujetos, pero que materialmente encubre un acto que sí está incluido en su ámbito, como puede ocurrir con modificados contractuales ilegales, que esconde una nueva adjudicación directa<sup>22</sup>; o en los supuestos de un convenio o

---

<sup>21</sup> STJUE de 11 de enero 2005, *Stadt Halle*, asunto C-26/03.

<sup>22</sup> Criterio ya admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.





un encargo a medio propio, cuando, a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal<sup>23</sup>.

## **B) Inclusión en el objeto del recurso de las “concesiones de servicio”.**

Otra importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial, con efecto directo. Esto implica que se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicio públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Por supuesto, la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios, vinculada al sistema de retribución con transferencia de riesgo operacional, permite diferenciar y determinar el contrato y su concreta naturaleza al margen de la denominación, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios<sup>24</sup>. Esta

---

<sup>23</sup> La STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, ya admitió la interpretación sobre la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, para declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación (por ello, el convenio se considera una contratación directa ilegal). La STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GbmH*, asunto C-451/08, subraya que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (apartados 48-53).

<sup>24</sup> Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas: “En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la



tipificación debe aplicarse para todo contrato, con indiferencia de su importe, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que pudieran existir.

Expuesta la doctrina general sobre el efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública y la adaptación del ámbito del recurso especial de contratación, procede determinar, sobre el concreto articulado de las Directivas de contratación pública y de concesiones, la existencia, o no, de efecto directo y sus consecuencias prácticas sobre la legislación nacional (especialmente TRLCSP). A tal efecto se recogen en dos Anexos las conclusiones particularizadas respecto de cada artículo de las Directivas a las que conduce la aplicación de los criterios generales expuestos en este estudio.

---

*citada conclusión.*” Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación a servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que “*En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico*”.



## **ANEXO I. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE CONTRATOS**

Descrita la consecuencia jurídica de la eficacia de las Directivas de contratación pública derivada del incumplimiento del plazo de transposición, se concreta de forma sucinta en qué medida esas Directivas comportan un efecto directo, y las consecuencias sobre la legislación nacional.

### **- Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación.**

No precisa de transposición para su aplicación directa.

### **- Artículo 2: Definiciones.**

Tiene efecto directo, si bien la práctica totalidad de ellas proceden de las Directivas de 2004 y ya están incorporadas en el TRLCSP; además, se trata de conceptos muy asimilados en la práctica y muy delimitados por una doctrina uniforme y constante del TJUE. No obstante, es de particular interés por lo novedoso el concepto “pliego de contratación” (artículo 2.1.13), en especial por su referencia a los anuncios de licitación.

### **- Artículo 3: Contratación mixta.**

Tiene efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Este precepto contempla un cierto grado de discrecionalidad al permitir a los poderes adjudicadores optar por contratos distintos o adjudicar un solo contrato cuando las prestaciones sean separables en contratos sometidos solo en parte a la Directiva, basándose en las características de la prestación. Sin embargo, esta posibilidad de elección, no se refiere al Estado miembro legislador, sino al poder adjudicador del caso concreto. En todo caso esta previsión ya está incorporada en el artículo 25.2 del TRLCSP.



**- Artículo 4: Importes de los umbrales.**

Es de efecto directo, en cuanto regula los umbrales que por otra parte son los actualmente vigentes en virtud del Reglamento Delegado UE 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, que en su condición de tal, no precisa transposición.

**- Artículo 5: Métodos de cálculo del valor estimado de la contratación.**

Es suficientemente claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo. Además no existe una contradicción con la normativa existente.

**- Artículo 6: Revisión de los umbrales y de la lista de autoridades, órganos y organismos estatales.**

No precisa de transposición.

**- Artículo 7: Contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales**

**- Artículo 8: Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas**

**- Artículo 9: Contratos públicos adjudicados y concursos de proyectos organizados con arreglo a normas internacionales**

**- Artículo 10: Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios**

**- Artículo 11: Contratos de servicios adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo.**

En cuanto definen el propio ámbito de aplicación de la Directiva por exclusión, tienen, en general, efecto directo y no precisan de transposición. Respecto de este último artículo en cuanto contempla



la existencia de un derecho exclusivo para la prestación del servicio en virtud de disposiciones legales reglamentarias o administrativas que no vulneren el TFUE, cabe señalar que esta posibilidad ya se recogía en la Directiva 2004/18 (artículo 18)<sup>25</sup>. Debe tenerse en cuenta que entre estos preceptos hay algunos que contemplan excepciones a la aplicación de la Directiva que sin embargo, no tienen reflejo en el vigente TRLCSP, como es el caso, por ejemplo, de ciertos contratos de servicios jurídicos (10.d) o los servicios del artículo 10.h o ciertas campañas políticas adjudicadas por los partidos políticos (art. 10.j). En estos supuestos sería aplicable la prohibición del efecto directo vertical descendente, de modo que los poderes adjudicadores no podrían ampararse en estas normas para eludir la obligación general de tramitar un procedimiento de licitación con publicidad y concurrencia.

#### **- Artículo 12: Contratos públicos entre entidades del sector público.**

Este precepto exige por su relevancia práctica, un análisis algo más profundo. En primer lugar en cuanto a los requisitos para considerar que nos encontramos ante un encargo a un medio propio, por tanto fuera del ámbito de aplicación de la Directiva por lo que se refiere al procedimiento de licitación, cabe destacar lo siguiente:

- a) El concepto “control análogo” (individual o conjunto)<sup>26</sup>, ya está recogido en nuestra legislación, de manera

---

<sup>25</sup> Art. 106.2. TFUE Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

<sup>26</sup> STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, asunto C-325/07, STJUE 10 de septiembre de 2009, *Sea Srl y Commune di Ponte Nossa*, asunto C-573/07 y STJUE, de 19 de abril de 2007, *Asemfo/Tragsa*, asunto C-295/05.



que el mismo puede considerarse incorporado, a lo que cabe añadir que en este punto la Directiva es suficientemente clara y precisa, siendo la jurisprudencia del TJUE la que ha venido determinando cuándo existe tal control, por lo que el precepto goza de efecto directo en cuanto a este aspecto.

b) Respecto del requisito de que la parte esencial de la actividad del medio propio se desarrolle para la entidad respecto de la que tiene tal condición, (artículo 24.6 TRLCSP) la Directiva concreta este requisito cuando lo determina en un 80 por ciento, al señalar en su artículo 12.1.b) *"que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador"*. Esta última exigencia, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 del TRLCSP no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo.

c) Respecto del requisito de no participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio, el mismo ya está recogido en el artículo 24.6 del TRLCSP. Si bien el artículo 12.1 c), de la Directiva permite que en ciertos casos se exceptúe esta regla por las disposiciones legales nacionales, el texto refundido no recoge dicha excepción, lo que constituye una situación respetuosa con el contenido de la Directiva, en tanto en cuanto amplía el ámbito de aplicación de la misma y no se opone a sus principios generales, consecuentemente esta excepción carece de efecto directo, al no existir previsión normativa alguna al respecto. Se trata de una previsión de muy difícil encaje en el sistema normativo español vigente.

En cuanto a la regulación de otras figuras:



a) Las encomiendas horizontales (art. 12.2), los medios propios conjuntos de varias entidades que los controlan (art. 12.3) y las encomiendas de gestión inversas es decir del ente controlado al ente controlador (art. 12.2) tienen efecto directo y ya son aplicables con la actual legislación.

b) La regulación de los convenios excluidos de la legislación de contratos (art. 12.4 de la Directiva), ya está recogida en el artículo 4.1, letras c) y d) del TRLCSP.

Por último, el modo de computar el porcentaje de actividades a que se refiere el artículo 12.5 de la Directiva (80 por ciento), no es un mandato al legislador que le permita optar por uno u otro de los indicadores mencionados, sino que es una autorización para utilizar el más adecuado de ellos en función de las peculiaridades del caso concreto, por lo que tiene efecto directo.

**- Artículo 13: Contratos subvencionados por los poderes adjudicadores.**

Este precepto ya está incorporado en el actual artículo 17 del TRLCSP.

**- Artículo 14: Servicios de investigación y desarrollo.**

No precisa de transposición, en el mismo sentido que en el caso del artículo 1 de la Directiva.

**- Artículo 15: Seguridad y defensa.**

**- Artículo 16: Contratación mixta que conlleve aspectos de seguridad o defensa.**

El contenido del apartado 1 del artículo 15 y todo el artículo 16 se encuentran incorporados en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que transpone la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento



Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Los apartados 2 y 3 artículo 15 se encuentran recogidos en el artículo 13.2.d) TRLCSP.

**- Artículo 17: Contratos públicos y concursos de proyectos que conlleven aspectos de seguridad o defensa que se adjudiquen u organicen con arreglo a normas internacionales.**

Se encuentra ya recogido en el artículo 4.1.letras, h), i) y j) del TRLCSP.

**- Artículo 18: Principios de la contratación.**

Este artículo contempla los principios generales por los que debe regirse la contratación pública, que ahora se extienden a todas las fases de la contratación: ejecución y extinción. Se trata de un precepto que goza más que de efecto directo, de un efecto, si se quiere, orientador de la actividad de la compra pública, que no precisa de transposición, además de que puede considerarse pre transpuesto (ya incorporado) en nuestro ordenamiento. (artículo 1 del TRLCSP). Es novedosa la inclusión del principio de proporcionalidad en la Directiva, que en su antecedente, la Directiva 2004/18, mencionaba únicamente "*tratamiento igualitario, no discriminatorio y obrarán con transparencia*", si bien tal principio ya se venía aplicando a la contratación pública por ser un principio general propio tanto del Derecho nacional como del Derecho de la Unión Europea.

Cabe señalar respecto de su apartado 2 que dado que recoge principios generales, y que la efectiva aplicación de los mismos exige





un desarrollo de cómo velar por el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social, laboral o medioambiental a las que se refiere “*Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (...)*”, carece de efecto directo. No obstante aunque pudiera carecer de efecto directo por ser cometido de cada Estado las concretas medidas a establecer, el precepto sí despliega efectos por interconexión con otros preceptos de la Directiva, como por ejemplo, el artículo 69, que establece la obligación para los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2.

**- Artículo 19: Operadores económicos.**

Este artículo en cuanto regula la cuestión de la personalidad de los operadores económicos es claro preciso e incondicionado por lo que goza de efecto directo, no existiendo además contradicción con el artículo 59 TRLCSP.

**- Artículo 20: Contratos reservados.**

Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP.

**- Artículo 21: Confidencialidad.**



Este precepto es claro, preciso e incondicionado, lo que permite su efecto directo. Además el contenido del mismo puede considerarse incorporado en el actual artículo 140 del TRLCSP. La salvedad prevista en el artículo 21 de la Directiva de que el derecho nacional lo disponga de otro modo no se da en nuestro ordenamiento.

#### **- Artículo 22: Normas aplicables a las comunicaciones.**

Este artículo contiene la regulación relativa a las comunicaciones y tiene eficacia demorada hasta el 18 de octubre de 2018.

#### **- Artículo 23: Nomenclaturas.**

Este precepto no precisa de transposición conteniendo un mandato sobre la referencia a nomenclaturas y a la Comisión sobre adaptación de códigos CPV. Tiene por tanto efecto directo.

#### **- Artículo 24: Conflictos de intereses.**

El párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado en cuanto indica "*Los Estados miembros velarán...*" y se dirige a estos últimos por lo que necesita transposición. Sin embargo, el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar "*sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos*" (artículo 8.5).



Por otro lado el concepto “conflictos de intereses” no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación (artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC y artículos 319 TRLCSP) para evitar que tales conflictos se produzcan, o la prohibición de contratar ( artículo 60.1.f) y g) TRLCSP). En todo caso, esta regulación se queda muy corta respecto del objetivo de la Directiva por lo que serían necesarios nuevos instrumentos. No obstante los conflictos de intereses que surjan en la práctica antes de la correcta transposición de este artículo 24 pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato.

Sí tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas, el contenido mínimo de la definición del conflicto de intereses contenida en el segundo párrafo.

**- Artículo 25: Condiciones relativas al ACP y otros acuerdos internacionales.**

Goza de efecto directo al ser claro preciso e incondicionado.

**- Artículo 26: Elección de los procedimientos.**

La mayor parte de este precepto no goza de efecto directo por ser meramente enunciativo y desarrollarse en los siguientes artículos. Sí tiene efecto directo su apartado 4 (supuestos de utilización de la licitación con negociación y el diálogo competitivo), si bien, por aplicación de la prohibición del efecto directo vertical descendente, siguen vigentes los supuestos más restrictivos recogidos en el TRLCSP para el diálogo competitivo y para el procedimiento negociado.

**- Artículo 27: Procedimiento abierto.**



Este precepto tiene efecto directo en cuanto regula el procedimiento abierto, pero puede considerarse ya incorporado en los artículos 157 a 161 del TRLCSP. Los plazos previstos en el TRLCSP (artículo 159), son más amplios que los plazos previstos en la Directiva, lo cual es correcto porque estos tienen el carácter de mínimos, de tal modo que los poderes adjudicadores tendrán que aplicar los contemplados en el TRLCSP y no los de la Directiva.

**- Artículo 28: Procedimiento restringido.**

Tiene efecto directo, si bien el contenido de este precepto está incorporado (específicamente respecto de los plazos ver el comentario al artículo 27 de la Directiva).

Debe exceptuarse su apartado 4 en tanto permite que los Estados miembros “dispongan”, que los poderes subcentrales (CCAA o EELL) puedan establecer otro plazo para presentación de ofertas en este tipo de procedimiento, posibilidad que no estaba contemplado en la Directiva 2004/18/CE y además tampoco en el TRLCSP, por lo que carece de efecto directo, al no ser claro, preciso e incondicionado, sin que tampoco pueda hablarse de su incorporación a la normativa estatal vigente.

**- Artículo 29: Procedimiento de licitación con negociación.**

Este precepto, goza de efecto directo, al ser suficientemente claro, preciso e incondicionado, al regular el procedimiento de licitación con negociación. Esto implica el desplazamiento del TRLCSP en lo relativo a su limitación a un umbral máximo. Es decir, que la negociación con publicidad, cuando se motive la necesidad de su utilización, es un procedimiento de alcance ordinario. Obviamente la característica esencial de este procedimiento debe consistir en la



negociación. Respecto de los plazos ver el comentario al artículo 27 de la Directiva.

**- Artículo 30: Diálogo competitivo.**

Este artículo tiene efecto directo. El contenido de este artículo puede considerarse incorporado en el artículo 181 y por remisión de su apartado segundo, 163 a 165 del TRLCSP.

**- Artículo 31: Asociación para la innovación.**

Este procedimiento de adjudicación no estaba previsto en la Directiva 2004/18/CE y por tanto no se contemplaba en el TRLCSP. Este precepto cumple los requisitos para tener efecto directo, por lo que podrá ser utilizado por los poderes adjudicadores.

**- Artículo 32: Uso del procedimiento negociado sin publicación previa.**

Este precepto regula la negociación sin publicación previa. En cuanto señala que los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan utilizar este procedimiento, no gozaría en principio de efecto directo puesto que exige un acto legislativo previo en tal sentido. Ahora bien el negociado sin publicidad no es precisamente un desconocido en nuestra legislación por lo que cabe examinar la legislación vigente para comprobar si las exigencias a la hora de trasponer el precepto están cubiertas de manera que la Directiva esté correctamente incorporada. En particular, no podrán ser empleados válidamente los supuestos no recogidos en la Directiva 2004/18 y que la nueva Directiva de contratos incorpora, mientras aquellos que el TRLCSP recoge con alcance más amplio deberán ser objeto de interpretación conforme. Los casos en que se permite su utilización coinciden sustancialmente con los contemplados en la Directiva 2004/18/ CE y están recogidos en el TRLCSP.



**- Artículo 33: Acuerdos marco.**

Este artículo, relativo a los Acuerdos Marco, goza de efecto directo por ser claro, preciso e incondicionado, y además está “pretranspuesto” en los artículos 196 a 199 TRLCSP.

**- Artículo 34: Sistemas dinámicos de adquisición.**

Este artículo tendrá efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Además está incorporado en los artículos 200 a 202 del TRLCSP. Sin embargo, su apartado 2.b) relativo al plazo de presentación de ofertas, establece que el mismo será como mínimo 10 días, a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar ofertas, mientras que el apartado 3 del artículo 202 TRCLSP señala que el plazo será el razonable para prepararlas. En este caso la contradicción entre ambos preceptos implica que en el caso de que un poder adjudicador indicara en la licitación un plazo inferior a 10 días para presentar ofertas en contratos sujetos a la Directiva, el efecto directo de la misma determinaría la nulidad del plazo establecido.

Asimismo el apartado 5 en cuanto permite que una vez abierto el sistema cualquier operador que lo desee puede solicitar participar en el procedimiento, ofrece diferencias respecto de la actual legislación en cuanto al plazo para la evaluación de las ofertas indicativas presentadas. Así en la Directiva son 10 días prorrogables a 15, mientras que el artículo 201.2 del TRLCSP establece que la evaluación de las ofertas indicativas deberá efectuarse en un plazo máximo 15 días prorrogables, por lo que se produciría el mismo efecto señalado en el comentario al artículo 27 de la Directiva.

**- Artículo 35: Subastas electrónicas.**



Este precepto también tendrá efecto directo. Además se encuentra incorporado en el artículo 148 del TRLCSP casi íntegramente. Únicamente no se recoge lo dispuesto en el punto 5 del artículo 35 de la Directiva que establece cuándo una oferta no es admisible, si bien los casos son aplicación particular de los criterios generales de vinculación de los pliegos o de requisitos de capacidad y solvencia.

**- Artículo 36: Catálogos electrónicos.**

Este precepto goza de efecto directo en cuanto es claro preciso e incondicionado en la mayoría de sus extremos para ser aplicado y sus destinatarios principales son los poderes adjudicadores. Pero también establece que los Estados podrán hacer obligatoria la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de licitación, aspecto que sí exige transposición.

**- Artículo 37: Actividades de compra centralizada y centrales de compras.**

Este precepto, se encuentra incorporado en los artículos 203 a 207 del TRLCSP, por lo que no precisa de transposición para su inmediata aplicación.

**- Artículo 38: Contratación conjunta esporádica.**

Es un precepto claro y preciso que permitiría su aplicación directa. La posibilidad establecida en este artículo se encuentra amparada por la libertad general de convenir (libertad de pactos) de los poderes adjudicadores (artículos 88.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 25 TRLCSP y 1255 del C.C).

**- Artículo 39: Contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.**



Este precepto goza de efecto directo en cuanto la posibilidad de utilizar el mecanismo de compra conjunta y en cuanto a la prohibición a los Estados miembros de que a su vez prohíban a sus poderes adjudicadores acudir a centrales de compras de otros Estados miembros, al ser claro, preciso e incondicionado en esta punto.

Ahora bien carecería de efecto directo el párrafo segundo del punto 2 en cuanto deja a los Estados miembros la decisión de limitar las actividades de compra centralizada a los contratos de obras suministros y servicios destinados a los poderes adjudicadores con carácter permanente (artículo 2.1.14).

Sí que goza de efecto directo el apartado 3 en cuanto se trata de una norma de determinación de la Ley aplicable.

Asimismo gozaría de efecto directo el apartado 4 en cuanto posibilita la adjudicación conjunta de un contrato público o la celebración de un acuerdo marco u administración de un sistema dinámico de adquisición. Se trata esta de una norma dirigida, no a los Estados miembros sino a los poderes adjudicadores en la que se establece la necesidad de firmar un acuerdo con el contenido mínimo que señala la Directiva.

Por último su apartado 5 también gozaría de efecto directo en cuanto determina la forma de determinar la norma aplicable en el caso de que la contratación se realice a través de una entidad jurídica común, ofreciendo dos opciones; o bien la norma del Estado en que la entidad tenga su domicilio social o bien las del Estado en que la entidad desarrolle sus actividades.

#### **- Artículo 40: Consultas preliminares del mercado.**

Tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado (el carácter potestativo de la consulta no se refiere a los Estados miembros, sino a cada uno de los poderes adjudicadores). Los





poderes adjudicadores podrán en consecuencia, acudir a esta técnica para planificar adecuadamente la licitación.

**- Artículo 41: Participación previa de candidatos o licitadores.**

Este precepto regulador de las medidas a adoptar para evitar el falseamiento de la competencia en los casos de licitadores que hayan participado en consultas preliminares del mercado o cualquier otra forma de asesoramiento, o preparación previa de la licitación, goza de efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado, siendo, además, un mandato dirigido a los poderes adjudicadores, que deberán implementar las medidas a tal efecto, que, en todo caso, incluirán la audiencia al afectado.

**- Artículo 42: Especificaciones técnicas.**

Este precepto tiene de efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado, si bien ya está sustancialmente incorporado en el artículo 117 del TRLCSP.

**- Artículo 43: Etiquetas.**

Este precepto también goza de efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Además está parcialmente incorporado en el artículo 117.6 del TRLCSP cuando contempla la posibilidad de que cuando se prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, se utilicen prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, si bien el objeto del artículo 43 de la Directiva es más amplio en cuanto no se refiere solo a etiquetas medioambientales, sino también sociales u otras, y no solo atinentes a las prescripciones técnicas,



sino también en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución. A ello cabe añadir que el carácter potestativo de la utilización de las etiquetas se refiere a los poderes adjudicadores y no a los Estados a la hora de transponer la Directiva.

**- Artículo 44: Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba.**

Este precepto despliega efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. El mandato dirigido a los Estados miembros en su apartado 3 es exigible con independencia de la transposición de la Directiva.

**- Artículo 45: Variantes.**

Este precepto regulador de las variantes en cuanto es claro, preciso e incondicionado tiene efecto directo. Además se encuentra parcialmente incorporado en el artículo 147.3 en lo que se refiere a la necesidad de que la posibilidad de que los licitadores oferten variantes se indique en el anuncio de licitación, señalando sobre qué elementos y en qué condiciones, y así se haya previsto en los pliegos.

**- Artículo 46: División de contratos en lotes.**

El apartado 1 (necesidad de justificar expresamente la no división en lotes) y el apartado 2 (posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador) tienen efecto directo.

El apartado 3 (ofertas integradoras) precisaría, en principio, de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros. No obstante, se trata de una posibilidad utilizada ampliamente en la práctica y compatible con el actual marco legal (ver, por ejemplo, el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de



mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones).

El apartado 4 (posibilidad de que los Estados miembros hagan obligatoria la adjudicación por lotes separados) precisa de transposición y carece de efecto directo. Esto significa que la decisión de articular lotes es una regla o principio de alcance general, pero que no se puede exigir en todas las licitaciones.

**- Artículo 47: Determinación de plazos.**

El contenido de este precepto está mayoritariamente incorporado en el artículo 143 TRLCSP y en los correspondientes a cada procedimiento de adjudicación. (Ver comentario al artículo 27 por lo que se refiere a los plazos).

**- Artículo 48: Anuncios de información previa.**

Este artículo tiene efecto directo. Una importante novedad respecto al anuncio previo del artículo 141 TRLCSP es la posibilidad de que los poderes adjudicadores de los sectores públicos autonómico y local puedan utilizar el anuncio de información previa como convocatoria de licitación en los procedimientos restringidos y de licitación con negociación, cumpliendo los requisitos del artículo 48.2 de la Directiva.

**- Artículo 49: Anuncios de licitación.**

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo. Los anuncios deberán contener la información establecida en el Anexo V, parte D de la Directiva y se publicarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.

**- Artículo 50: Anuncios de adjudicación de contratos.**



Las exigencias de este precepto tienen efecto directo, con excepción del inciso “*Los Estados miembros podrán disponer...al fin de cada trimestre*” del apartado 2.

**- Artículo 51: Redacción y modalidades de publicación de los anuncios.**

Tiene efecto directo, si bien los destinatarios de una buena parte de su contenido son la Comisión o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

**- Artículo 52: Publicación a nivel nacional.**

Este artículo tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado y su contenido aparece recogido en los artículos 141 y 142 TRLCSP. La precedencia de la publicidad en el DOUE se contempla en el artículo 142.3 TRLCSP.

**- Artículo 53: Disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación.**

Este artículo también tiene efecto directo. Como regla general, se impone el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares, como de prescripciones técnicas, a partir de la fecha de publicación del anuncio o del envío de la invitación a confirmar el interés; se recogen las alternativas a la imposibilidad de dicho acceso, especialmente si se debe a razones de confidencialidad y sus consecuencias para el plazo de presentación de ofertas. Esta exigencia, vinculada al principio de transparencia, obliga a reinterpretar las prácticas que sobre publicidad de pliegos se están realizando por los distintos poderes adjudicadores.

El caso ordinario del apartado 2 (solicitud de información adicional) está incorporado en el artículo 158.1 TRLCSP para el



procedimiento abierto, artículo que por coherencia sistemática habrá que entender aplicable a los demás procedimientos.

**- Artículo 54: Invitación a los candidatos.**

El precepto tiene efecto directo, si bien el contenido está mayoritariamente incorporado en los artículos 165, 166 y concordantes del TRLCSP; véase, además el Anexo IX de la Directiva, que recoge el contenido de las invitaciones y al que se remite el precepto.

**- Artículo 55: Información a los candidatos y a los licitadores.**

Tiene efecto directo, y además, su contenido ya está incorporado en los artículos 151.4 y 153 del TRLCSP, por exigirlo así la correcta trasposición de la Directiva de recursos.

**- Artículo 56: Principios generales. (Selección de los participantes y adjudicación de los contratos).**

El apartado 1 está ya incorporado en el TRLCSP; la principal novedad es la mención expresa de que una oferta puede ser excluida si no cumple las obligaciones medioambientales, sociales o laborales a las que se refiere el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, hay que entender que en el marco de las medidas que cada Estado adopte para garantizar el efecto útil de este precepto.

El apartado 2, en síntesis, concede a los poderes adjudicadores la posibilidad de examinar las ofertas de los procedimientos abiertos antes de verificar los requisitos de capacidad y solvencia. La actual regulación del TRLCSP opta por un sistema diferente, de comprobación previa de la documentación jurídica (ver, por ejemplo, el artículo 160.1 TRLCSP).



El apartado 3 tiene efecto directo, si bien su contenido ya está incorporado para la documentación jurídica por el artículo 81.2 del RGLCAP; respecto a la oferta económica y técnica, la Directiva incorpora la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-195/08), desarrollada en referencia a la Directiva 2004/18 y que ya está inspirando la aplicación de la actual normativa y la doctrina de los órganos de recursos contractuales.

El destinatario del apartado 4 es la Comisión.

#### **- Artículo 57: Motivos de exclusión.**

Los apartados 1, 2 y 4 recogen el listado de prohibiciones de contratar; dado que se trata de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, se observa que la mayoría de los supuestos de prohibición de la nueva Directiva ya están recogidos en el artículo 60 TRLCSP; únicamente precisarían de transposición para su efecto frente a los particulares los supuestos de las letras a), d) y e) del apartado 4.

El apartado 3 no tendría efecto directo; se trata de que el legislador nacional pueda optar por exceptuar la aplicación de las prohibiciones de contratar en ciertos casos por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad. En el TRLCSP esta opción solo existe en el caso de los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia.

El apartado 5 (consecuencia de encontrarse en un supuesto de exclusión) tiene efecto directo con una excepción: el segundo párrafo permite que la exclusión se produzca también en vista de actos cometidos durante el procedimiento (y no solo antes de su inicio), lo que es limitativo del derecho de los particulares de acceso al



procedimiento y por lo tanto no puede alegarse efecto directo frente a ellos. Téngase en cuenta que el artículo 146.5 TRLCSP establece que “el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones”.

El apartado 6 (posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente) tiene efecto directo, en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

El apartado 7 está incorporado en la actual legislación (artículos 61 y 61 bis TRLCSP) para los supuestos de prohibición del artículo 60 TRLCSP.

**- Artículo 58: Criterios de selección.**

Tiene efecto directo. Su contenido es coherente con la actual regulación (artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y siguientes del TRLCSP, especialmente).

**- Artículo 59: Documento europeo único de contratación<sup>28</sup>.**

Los apartados 1, 2, 3, 4 y 6 de este precepto tendrán efecto directo por ser claros, precisos e incondicionados. El apartado 2, aunque finaliza su plazo de transposición el día 18 de abril de 2018 (artículo 90.3 de la directiva), es un mandato a la Comisión que ésta ya ha cumplido mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el

---

<sup>28</sup> Para el apartado 2 de este artículo el plazo de transposición finaliza el día 18 de abril de 2018, y el del apartado 5, el 18 de octubre de 2018 (ver los apartados 3 y 4 del artículo 90 de la Directiva 2014/24).



formulario normalizado del documento europeo único de contratación; dicho Reglamento, como se especifica en sus artículos 1 y 2 “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” a partir del 18 de abril del 2016. Finalmente, el apartado 5 termina su plazo de transposición el 18 de octubre de 2018 (artículo 90.4 de la Directiva).

El efecto directo implica que el artículo 146 TRLCSP queda desplazado en lo relativo al carácter potestativo de la posibilidad que contempla, que pasa a ser la regla general.

**- Artículo 60: Medios de prueba.**

Tiene efecto directo, si bien su contenido está mayoritariamente incorporado en la actual normativa sobre acreditación de la capacidad y solvencia del TRLCSP (artículos 72 y siguientes). Véase también el Anexo XII (Medios de prueba de los criterios de selección). El apartado 2 está incorporado en el artículo 73 TRLCSP.

**- Artículo 61: Depósito de certificados en línea (e – Certis).**

Este precepto tiene eficacia demorada<sup>29</sup>.

**- Artículo 62: Normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.**

El contenido de los apartados 1 y 2 está incorporado en los artículos 80 y 81 del TRLCSP. La excepción sería el inciso que exige, para aceptar otras pruebas de medidas equivalentes, que el licitador demuestre que no ha tenido posibilidad de obtener los certificados correspondientes en plazo por causas que no le son atribuibles. En cuanto restringe, al condicionarlo, un derecho de los operadores

---

<sup>29</sup> Para el apartado 2 de este artículo el plazo de transposición finaliza el día 18 de octubre de 2018 (ver el apartado 5 del artículo 90 de la Directiva 2014/24).





económicos reconocido por la normativa vigente, este precepto no puede ser alegado frente a ellos sin previa transposición, en virtud de la prohibición del efecto directo vertical descendente.

El apartado 3 goza de efecto directo.

**- Artículo 63: Recurso a las capacidades de otras entidades.**

El primer párrafo del apartado 1 tiene efecto directo, si bien su contenido está incorporado en el artículo 63 del TRLCSP, debidamente interpretado en coherencia con la jurisprudencia del TJUE, en especial la sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtniesk*, asunto 234/14. La mención a los títulos de estudios y profesionales se puede dar también por incorporada porque en realidad no es sino un caso específico del criterio general de la necesidad de demostrar la disposición efectiva de los medios ajenos, ya recogida en el artículo 63 del TRLCSP y en la jurisprudencia (STJUE de 2 de diciembre 1999, *Holst Italia*, asunto C-176/98 y STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG*, asunto C-314/01).

El segundo párrafo del apartado 1 despliega también efecto directo, y su contenido está incorporado en el artículo 227 del TRLCSP cuando el vínculo jurídico con el licitador sea la subcontratación, pero no en los demás casos.

El tercer párrafo del apartado 1, relativo a la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria del contratista y la entidad en la que radican los medios que integran la solvencia económica y financiera, es claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo y no precisaría transposición ya que no es sino un supuesto especial del principio general que establece que la integración de la solvencia con medios ajenos precisa de la acreditación de que se dispone efectivamente de dichos medios.



El cuarto párrafo del apartado 1 tiene efecto directo, pero no es sino un caso particular subsumible en el más general artículo 63 TRLCSP. Además, este precepto incluye el caso de que “en las mismas condiciones” se recurra a las capacidades de los miembros de la propia UTE, lo que en el TRLCSP no se considera un supuesto de integración de la solvencia, sino de fijación de la solvencia de la propia UTE.

El apartado 2 tiene efecto directo, con la novedad de que su regulación se extiende a las UTEs.

**- Artículo 64: Listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de Derecho público o privado.**

El artículo no tiene efecto directo, pues su contenido depende de que los Estados miembros decidan:

- a) establecer o mantener listas oficiales de operadores económicos autorizados o
- b) prever una certificación realizada por organismos que cumplan las normas europeas en materia de certificación a efectos de lo dispuesto en el Anexo VII de la Directiva (Definición de determinadas especificaciones técnicas).

La primera opción figura en los artículos 83 y 84 del TRLCSP, su normativa de desarrollo y en las correspondientes normas autonómicas. La segunda posibilidad no se ha incorporado en el TRLCSP.

**- Artículo 65: Reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar.**

Este precepto tiene efecto directo. El contenido de este artículo ya está incorporado en el TRLCSP en el artículo 163 y siguientes para



el procedimiento restringido, 177.3 para el procedimiento negociado con publicidad y 181 para el diálogo competitivo.

**- Artículo 66: Reducción del número de ofertas y de soluciones.**

Tiene efecto directo. El contenido de este artículo está incorporado con carácter general en el artículo 150.4 del TRLCSP y específicamente en los artículos 178.2 y 182.3 TRLCSP para los procedimientos negociados con publicidad y los diálogos competitivos, respectivamente.

**- Artículo 67: Criterios de adjudicación del contrato.**

Tiene efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2, que, no obstante, ya está incorporado en el artículo 150.3 del TRLCSP. El resto del artículo también se puede considerar incorporado al artículo 150 TRLCSP, pues las novedades respecto a la Directiva 2004/18, que dicho precepto nacional incorpora, son en realidad la positivización de la jurisprudencia europea (anterior y posterior a la Directiva 2014/24) que la ha interpretado; así, el contenido del artículo 67.2 b) (uso de los medios humanos como criterio de adjudicación) ya figura en la STJUE de 26 de marzo 2015, *Ambising*, asunto C-601/13, y la mención a la comercialización y sus condiciones del artículo 67.2 a) y el artículo 67.3 (concepto de “vinculación al objeto del contrato”) proceden de la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10. Por otro lado, buena parte del contenido del artículo se cita a título de ejemplo, por lo que no hay dificultad en integrarlo en la actual legislación interna.

**- Artículo 68: Cálculo del coste del ciclo de vida.**



Las previsiones de este artículo son claras, precisas e incondicionadas, por lo que tiene efecto directo cada vez que los poderes adjudicadores decidan usar el coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación. Conviene advertir que, de acuerdo con el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24, esta opción es solo una de las posibilidades para determinar la oferta económicamente más ventajosa utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste - eficacia, pero no la única.

**- Artículo 69: Ofertas anormalmente bajas.**

Tiene efecto directo. Su contenido ya está incorporado en el artículo 152 del TRLCSP; la mención expresa de las condiciones sociales, laborales y medioambientales del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 es solo un ejemplo más de las justificaciones que puede presentar el licitador, que no son un listado cerrado (artículo 69.2 d), o de los motivos de exclusión si no se explica claramente el bajo nivel de los costes o precios propuestos (artículo 69.3).

**- Artículo 70: Condiciones de ejecución del contrato.**

Este precepto goza de efecto directo, aunque su contenido ya está incorporado en el artículo 118 del TRLCSP. Si bien esta norma no menciona expresamente las condiciones económicas o relacionadas con la innovación, estas se pueden entender incluidas en la libertad general para configurar el objeto del contrato (artículo 25 del TRLCSP); además, el listado del artículo 118 TRLCSP no es cerrado, cabiendo otros tipos de condiciones de ejecución distintas de las no expresamente mencionadas en él.

**- Artículo 71: Subcontratación.**

El mandato del apartado 1, desarrollado en el apartado 6, no tiene efecto directo, porque su contenido no es suficientemente



preciso, si bien la letra b) de este último se incorpora parcialmente en los apartados 5, 6 del artículo 227 TRLCSP (y solo para los contratos administrativos y los privados de las entidades públicas empresariales y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas).

Los apartados 2 y 4 tienen efecto directo, si bien están incorporados, para los contratos administrativos, en el artículo 227.2 a) del TRLCSP.

Los apartados 3 y 7 no tendrían efecto directo porque no son mandatos de transposición incondicionados; actualmente, para los contratos administrativos y privados de las entidades empresariales, la opción es la contraria (artículo 227, apartados 8 y 9, del TRLCSP) Para los demás contratos privados, véase el artículo 1.597 del Código Civil.

El apartado 5 tiene efecto directo. Está parcialmente incorporado en el artículo 227 TRLCSP para los contratos administrativos y los contratos privados de las entidades públicas empresariales; y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas; como principal novedad, se menciona expresamente la posibilidad de solicitar las declaraciones de capacidad de los subcontratistas.

El apartado 8 es un recordatorio a los Estados miembros de que sus normas de transposición en esta materia deben respetar el Derecho de la Unión Europea.

#### **- Artículo 72: Modificación de los contratos durante su vigencia.**

La regulación de la Directiva sobre el régimen de modificados contractuales es extensa y plantea problemas interpretativos que, como se advierte en el considerando 107 de la Directiva, deberán resolverse de conformidad con la doctrina del TJUE. Aunque algunos aspectos resultan claros, precisos e incondicionados, dado que no es



posible el efecto vertical descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal. Así el régimen contenido en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, aunque resulta más estricto que el previsto en la Directiva 2014/24, debe continuar aplicándose, dado que contiene las figuras que la Directiva considera modificación contractual.

No obstante, **sí tiene efecto directo** el apartado 72.1.a) que señala que los modificados previstos no pueden “*alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*”, al ser claro preciso e incondicionado y no estar contemplado específicamente en el artículo 106 del TRLCSP, aunque es un criterio ya consolidado en la jurisprudencia europea.

Además en el caso del apartado c) del artículo 72, se permite la modificación no prevista en los pliegos cuando se cumplan las tres condiciones que enumera, entre ellas que la modificación obedezca a “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”. Esta última mención no aparece en el artículo 107 del TRLCSP, pero siendo suficientemente clara, precisa e incondicionada goza de efecto directo.

**Asimismo tiene efecto directo la obligación de publicación de la modificación en el DOUE** (último párrafo del apartado 1). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como se advierte en considerando 107 de la Directiva de contratos, “*es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial.



### **- Artículo 73: Rescisión de contratos.**

Debe advertirse que el término “rescisión” que utiliza la Directiva incluye también figuras que en derecho nacional tienen otro nombre y perfil y procedimiento diferenciado de lo que habitualmente se conoce como resolución del contrato, como la declaración de nulidad.

El artículo aparentemente no tendría efecto directo, en tanto establece una obligación para los Estados al utilizar el término “*velarán*”. Sin embargo los tres supuesto de rescisión contemplados sí despliegan efectos jurídicos. Estos supuestos se refieren a los casos de modificación sustancial, los supuestos de que el adjudicatario hubiese incurrido en prohibición de contratar al momento de la adjudicación o por la existencia de incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en el Tratado o en la directiva, declarada por el TJUE.

El artículo 223 g) TRLCSP incorpora el supuesto de la letra a) de este artículo 73 para los contratos administrativos, pero éste es una concreción del artículo 105.2 TRLCSP, que se aplica también a poderes adjudicadores no administración pública. La letra b) está incorporada, para todos los contratos de las Administraciones Públicas y los sujetos a regulación armonizada, en el artículo 32 b) TRLCSP. La letra c) no está directamente incorporada pero cumple los requisitos para que despliegue eficacia jurídica directa.

### **- Artículo 74: Adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos**

### **- Artículo 75: Publicación de los anuncios.**

Tienen efecto directo. Conviene advertir que actualmente con las exigencias de la Directiva 2004/18, este tipo de servicios no requiere publicidad europea. De tal manera que a **partir del 19 de**



**abril deberán adaptarse necesariamente a la exigencia de publicidad en el DOUE.**

**- Artículo 76: Principios de adjudicación de contratos.**

Este precepto requiere una normativa de transposición, por lo que su contenido carece de efecto directo. No obstante, la actual regulación del TRLCSP no se opone a dicho contenido.

**- Artículo 77: Contratos reservados para determinados servicios.**

No tendría efecto directo, requiere de norma de transposición al dejar a los Estados miembros que dispongan que los poderes adjudicadores están facultados para realizar la reserva para participar en las licitaciones públicas a determinadas organizaciones, respecto de los servicios con las CPV que contempla. Sin perjuicio de lo que puedan disponer las normas autonómicas, el TRLCSP no contempla la posibilidad ofrecida en este artículo.

**- Artículo 78: Ámbito de aplicación,**

**- Artículo 79: Anuncios,**

**- Artículo 80: Normas relativas a la organización de los concursos de proyectos y la selección de los participantes,**

**- Artículo 81: Composición del jurado y**

**- Artículo 82: Decisiones del jurado.**

Tienen efecto directo, y sus contenidos están sustancialmente incorporados en los artículos 184 y siguientes del TRLCSP.

**- Artículo 83: Ejecución.**

La mayoría del artículo impone una serie de obligaciones de supervisión, información, publicidad y apoyo, cuyo destinatarios son los Estados miembros, por lo que se necesita norma de transposición





y no hay efecto directo. Sí tiene efecto directo el apartado 6, cuyo contenido está incorporado a la legislación.

**- Artículo 84: Informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos.**

Tiene efecto directo; debe tenerse en cuenta que el contenido del informe específico se refiere casi siempre a datos que el propio TRLCSP ya pide hacer constar en el expediente.

**- Artículo 85: Informes nacionales e información estadística.**

Es un mandato a la Comisión y a los Estados, que no precisa transposición.

**- Artículo 86: Cooperación administrativa.**

Los apartados 1 y 2 tienen efecto directo, en cuanto a la obligación de cooperación e intercambio de información, sin perjuicio de la forma en que la misma pueda articularse, tratándose de aspectos que no afectan específicamente al procedimiento de licitación y que por tanto se desenvuelven en el ámbito de la colaboración en el seno de la Unión Europea y que en tal sentido no precisan de transposición.

**- Artículo 87: Ejercicio de la delegación.**

Dado que regula el otorgamiento de poderes a la Comisión para que adopte actos delegados, no requiere transposición.

**- Artículo 88: Procedimiento de urgencia.**

Regula la entrada en vigor de los actos delegados, no requiere transposición.



**- Artículo 89: Procedimiento de comité.**

No precisa transposición, regula el Comité Consultivo para los Contratos Públicos.

**- Artículo 90: Transposición y disposiciones transitorias.**

Establece las obligaciones de transposición y su transitoriedad.

**- Artículo 91: Derogaciones.**

Deroga la Directiva 2004/18 con efectos de 18 de abril de 2016.

**- Artículo 92: Examen.**

Es un mandato a la Comisión.

**- Artículo 93: Entrada en vigor.**

Establece la entrada en vigor.

**- Artículo 94: Destinatarios.**

Identifica los destinatarios de la Directiva.



## **ANEXO II. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA DE CONCESIONES.**

### **-Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación**

Tiene efecto directo.

### **-Artículo 2: Principio de libertad de administración de las autoridades públicas.**

Tiene efecto directo. No precisa de transposición pues los principios se contemplan en el TRLCSP.

### **-Artículo 3: Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia**

Tiene efecto directo. No precisa de transposición para su aplicación directa al estar ya incorporado. No precisa de transposición pues los principios se contemplan en el TRLCSP.

### **-Artículo 4: Libertad para definir los servicios de interés económico general**

Tiene efecto directo.

### **-Artículo 5: Definiciones**

Las definiciones tendrán efecto directo. Se debe advertir la relevancia práctica derivada de que el concepto de concesión de servicios resulte plenamente operativo, de tal manera que se “desplaza” la categoría (no el régimen jurídico en tanto no sea contrario) del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro TRLCSP (artículo 8), en tanto en cuanto éste tipo contractual incluye figuras que encajan en el concepto de “concesión”. La nueva tipificación de los contratos ya había sido anticipada por el TJUE (y su jurisprudencia aplicada por los distintos Tribunales administrativos de



recursos contractuales), y se extiende a todo importe contractual, al ser una cuestión de contenido dogmático.

**-Artículo 6: Poderes adjudicadores**

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

**- Artículo 7: Entidades adjudicadoras**

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

**- Artículo 8: Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones**

El umbral tiene efecto directo. Igualmente tienen efecto directo las previsiones del artículo 8 en relación al cálculo del valor estimado de la concesión, siendo especialmente significativos que deben incluirse en él aspectos como los siguientes:

- el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;
- la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;
- los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;
- el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;



- la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;
- el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;
- las primas o pagos a los candidatos o licitadores.

#### **-Artículo 9: Revisión del umbral**

Es de eficacia directa, en cuanto regula los umbrales, que por otra parte son los actualmente vigentes en virtud del Reglamento Delegado UE 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, que en su condición de tal no precisa transposición.

#### **-Artículo 10: Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras**

#### **-Artículo 11: Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas**

#### **-Artículo 12: Exclusiones específicas en el sector del agua**

En cuanto definen el propio ámbito de aplicación de la Directiva por exclusión, no precisan de transposición (ver el comentario a los artículos correspondientes de la Directiva de contratación pública).

#### **-Artículo 13: Concesiones adjudicadas a una empresa asociada**

Este precepto es claro, preciso e incondicionado y tiene efecto directo. Es una figura análoga a la de los encargos a medios propios, pero no idéntica. Para las entidades sometidas a la Directiva 2013/34/UE se entenderá por «empresa asociada» la empresa que



presenta cuentas anuales consolidadas con las de la entidad adjudicadora. Para las no sometidas a esa Directiva se aplicará lo dispuesto en el artículo 13.

**-Artículo 14: Concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta**

Este precepto tiene efecto directo.

**-Artículo 15: Notificación de información por las entidades adjudicadoras.**

Este precepto tiene efecto directo.

**-Artículo 16: Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia**

Este precepto tiene efecto directo. Implica la no aplicación de las previsiones de esta Directiva siempre que en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse las concesiones, haya quedado probado con arreglo al artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores especiales, que la actividad está sometida directamente a la competencia a efectos del artículo 34 de dicha Directiva.

**-Artículo 17: Concesiones entre entidades del sector público**

Respecto a la posibilidad de que un poder adjudicador adjudique una concesión a un medio propio (artículo 17), hay que remitirse a lo comentado a propósito de la directiva de contratos, si bien parece que la incorporación en España de esta figura estaría ya satisfecha por el artículo 8.2 del TRLCSP, que excluye de su ámbito de aplicación "la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho



privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”, es decir, la gestión directa de un servicio público a la que se refiere, por ejemplo, el artículo 85.2 a) de la Ley de Bases de Régimen Local (ver también el considerando 48 de la directiva de concesiones).

### **-Artículo 18: Duración de la concesión**

La determinación del plazo de las concesiones contenida en TRLCSP deberá respetar las previsiones del artículo 18 de la Directiva (que tiene efecto directo y desplaza toda la regulación española sobre plazos en los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos). Así, *“para las concesiones que duren más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”*. Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva de la siguiente manera: *“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para*



*explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.*

**-Artículo 19: Servicios sociales y otros servicios específicos.**

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

**-Artículo 20: Contratos mixtos**

**-Artículo 21: Contratos públicos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y la seguridad**

Para la determinación de las reglas aplicables al régimen de un contrato mixto de concesiones las previsiones de la Directiva tienen efecto directo. Así, en las concesiones cuyo *objeto sean tanto obras como servicios* se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de *concesión* predominante en el *objeto* principal del





contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.

**-Artículo 22: Contratos relativos a actividades enumeradas en el anexo II y otras actividades.**

Es un precepto dirigido a Poderes adjudicadores y entidades que tiene efecto directo.

**-Artículo 23: Concesiones relacionadas con actividades a que se refiere el anexo II y relacionadas con aspectos de defensa y seguridad.**

Se encuentran incorporados en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que transpone la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

**-Artículo 24: Concesiones reservadas**

Este precepto, en cuanto ofrece a los Estados la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP.

**-Artículo 25: Servicios de investigación y desarrollo**



No precisa de transposición, en el mismo sentido que en el caso del artículo 1 de la Directiva.

#### **-Artículo 26: Operadores económicos**

Este artículo en cuanto regula la cuestión de la personalidad de los operadores económicos es claro preciso e incondicionado por lo que goza de efecto directo, no existiendo además contradicción con el artículo 59 TRLCSP.

#### **-Artículo 27: Nomenclaturas**

La obligación de incorporar las nomenclaturas en los contratos de concesión será inmediatamente eficaz en abril del 2016, lo que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España que cumplan los requisitos para ser consideradas concesiones de acuerdo con la Directiva, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18. Esta **exigencia de CPV para toda concesión, de obra o de servicios- debe ser respetada** por su directa vinculación con los principios de publicidad y de transparencia.

#### **- Artículo 28: Confidencialidad**

Este precepto es claro, preciso e incondicionado, lo que permite su efecto directo. Además el contenido del mismo puede considerarse incorporado en el actual artículo 140 del TRLCSP.

#### **- Artículo 29: Normas aplicables a las comunicaciones**

Este artículo contiene la regulación relativa a las comunicaciones y tiene eficacia demorada hasta el 18 de octubre de 2018.



### **- Artículo 30: Principios generales**

Este artículo, al igual que el artículo 18 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, contempla los principios generales por los que debe regirse la contratación pública, que ahora se extienden a todas las fases de la contratación: ejecución y extinción, lo que como se ha expuesto tiene repercusiones prácticas en relación al contenido del recurso especial. Se trata de un precepto que goza más que de efecto directo, de un efecto, si se quiere, orientador de la actividad de la compra pública, que no precisa de transposición, además de que puede considerarse pre transpuesto en nuestro ordenamiento. (artículo 1 del TRLCSP).

Al igual que el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 de contratación pública, la referencia a que *“los Estados adoptarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos de concesión, los operadores económicos cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*, carece de efecto directo. No obstante el precepto sí despliega efectos por interconexión con otros preceptos de la Directiva 2014/24 (que autointegra el marco normativo de las concesiones), como por ejemplo, el artículo 69, que establece la obligación para los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones sociales o ambientales.

### **-Artículo 31: Anuncios de concesión**

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo. Los anuncios deberán contener la información establecida en el Anexo V,



parte D de la Directiva y se publicarán de conformidad con lo dispuesto la norma europea.

**-Artículo 32: Anuncios de adjudicación de concesiones**

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo, con excepción del inciso *“Los Estados miembros podrán disponer...al fin de cada trimestre”* del apartado 1.

**-Artículo 33: Redacción y forma de publicación de los anuncios**

Tiene efecto directo, si bien los destinatarios de una buena parte de su contenido son la Comisión o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

**- Artículo 34: Acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones**

Este artículo también tiene efecto directo. Como regla general, se impone el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares, como de prescripciones técnicas, a partir de la fecha de publicación del anuncio o del envío de la invitación a confirmar el interés; se recogen las alternativas a la imposibilidad de dicho acceso, especialmente si se debe a razones de confidencialidad y sus consecuencias para el plazo de presentación de ofertas. Esta exigencia, vinculada al principio de transparencia, obliga a reinterpretar las prácticas que sobre publicidad de pliegos se están realizando por los distintos poderes adjudicadores.

**-Artículo 35: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés**



El párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado en cuanto indica “*Los Estados miembros velarán...*” y se dirige a estos últimos por lo que necesita transposición. Sin embargo, el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006).

Por otro lado el concepto “conflictos de intereses” no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación (artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC y artículos 319 TRLCSP) para evitar que tales conflictos se produzcan, o la prohibición de contratar ( artículo 60.1.f) y g) TRLCSP). En todo caso, esta regulación se queda muy corta respecto del objetivo de la Directiva por lo que serían necesarios nuevos instrumentos. No obstante los conflictos de intereses que surjan en la práctica antes de la correcta transposición de este artículo pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato.

Sí tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas, el contenido mínimo de la definición del conflicto de intereses contenida en el segundo párrafo.

#### **-Artículo 36: Requisitos técnicos y funcionales**

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.

#### **-Artículo 37: Garantías procedimentales**

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.



### **-Artículo 38: Selección y evaluación cualitativa de los candidatos**

Se trata de un extenso artículo. Tendría efecto directo en lo relativo a las condiciones de solvencia y admisión y u contenido es coherente con la actual regulación (artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y siguientes del TRLCSP, especialmente).

Por lo que se refiere a las causas de exclusión, recoge el listado de prohibiciones de contratar. Ya que que se trata de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, se observa que la mayoría de los supuestos de prohibición de la nueva Directiva ya están recogidos en el artículo 60 TRLCSP.

El apartado 6 no tendría efecto directo; se trata de que el legislador nacional pueda optar por exceptuar la aplicación de las prohibiciones de contratar en ciertos casos por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad. En el TRLCSP esta opción solo existe en el caso de los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia.

El apartado 7 (posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente) tendría efecto directo en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

### **- Artículo 39: Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión**

Los plazos previstos en el TRLCSP (artículo 159), son más amplios que los plazos previstos en la Directiva, lo cual es correcto porque estos tienen el carácter de mínimos, de tal modo que los



poderes adjudicadores tendrán que aplicar los contemplados en el TRLCSP y no los de la Directiva.

#### **-Artículo 40: Comunicación a los candidatos y los licitadores**

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.

#### **-Artículo 41: Criterios de adjudicación**

Tendría efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2, que, no obstante, ya está incorporado en el artículo 150 del TRLCSP. El resto del artículo también se puede considerar incorporado al artículo 150 TRLCSP, pues las novedades respecto a la Directiva 2004/18, que dicho precepto nacional incorpora, son en realidad la positivización de la jurisprudencia europea (anterior y posterior a la Directiva 2014/24) que la ha interpretado; así, el contenido del artículo 67.2 b) (uso de los medios humanos como criterio de adjudicación) ya figura en la STJUE de 26 de marzo 2015, *Ambising*, asunto C-601/13, y la mención a la comercialización y sus condiciones del artículo 67.2 a) y el artículo 67.3 (concepto de “vinculación al objeto del contrato”) proceden de la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10. Por otro lado, buena parte del contenido del artículo se cita a título de ejemplo, por lo que no hay dificultad en integrarlo en la actual legislación interna.

#### **- Artículo 42: Subcontratación**

El mandato del apartado 1, desarrollado en el apartado 4, no tendría efecto directo porque su contenido no es suficientemente preciso, si bien la letra b) de este último se incorpora parcialmente en los apartados 5, 6 del artículo 227 TRLCSP (y solo para los contratos



administrativos y los privados de las entidades públicas empresariales y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas).

Los apartados 2 y 4 tendrían efecto directo, si bien están incorporados, para los contratos administrativos, en el artículo 227.2 a) del TRLCSP.

Los apartados 6 y 7 no tendrían efecto directo porque no son mandatos de transposición incondicionados.

### **- Artículo 43: Modificación de los contratos durante su período de vigencia**

La regulación de la Directiva sobre el régimen de modificados contractuales es extensa y plantea problemas interpretativos que, como se advierte en el considerando 107 de la Directiva, deberán resolverse de conformidad con la doctrina del TJUE. Aunque algunos aspectos resultan claros, precisos e incondicionados, dado que no es posible el efecto vertical descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal. Así el régimen contenido en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, aunque resulta más estricto que el previsto en la Directiva 2014/24, debe continuar aplicándose, dado que contiene las figuras que la Directiva considera modificación contractual.

No obstante, **sí tiene efecto directo** la mención relativa a que los modificados previstos no pueden “*alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*”, al ser claro preciso e incondicionado y no estar contemplado específicamente en el artículo 106 del TRLCSP, aunque es un criterio ya consolidado en la jurisprudencia europea. Además el artículo 43 de la Directiva, permite la modificación no prevista en los pliegos cuando se cumplan las tres condiciones que enumera, entre ellas que la modificación obedezca a “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”. Esta última mención no aparece en el artículo 107 del TRLCSP, pero





siendo suficientemente clara, precisa e incondicionada goza de efecto directo.

**Asimismo tiene efecto directo la obligación de publicación de la modificación en el DOUE** (último párrafo del apartado 1). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como se advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, *“es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial.

#### **- Artículo 44: Resolución de concesiones**

Este precepto es claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo. Conviene advertir las diferencias con el artículo 73 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, con rúbrica de *Rescisión*. En la Directiva de concesiones los supuestos de resolución están tasados.

#### **-Artículo 45: Seguimiento y presentación de informes**

Tendría efecto directo; debe tenerse en cuenta que el contenido del informe específico se refiere casi siempre a datos que el propio TRLCSP ya pide hacer constar en el expediente.

(.....)

#### **- Artículo 54: Entrada en vigor.**

Establece la entrada en vigor.

-----